

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO

DA SITUAÇÃO DO FRANQUIADO NA INSOLVÊNCIA DO FRANQUIADOR

Dissertação de Mestrado, na área de Direito da
Empresa e dos Negócios, elaborada por Telmo
José Pereira Dias, sob a orientação da Mestre
Maria do Rosário Epifânio.

Maio de 2012

Aos meus Pais

*Reading furnishes the mind only with materials
of knowledge; it is thinking that makes what we
read ours.*

John Locke

AGRADECIMENTOS

- Aos meus pais, irmãos e avós, por todo o apoio que me deram, em especial nos momentos de maior pressão;
- Ao Ricardo Gaspar Dias, pela vital ajuda na correção e revisão da dissertação, e também pela paciência demonstrada no decorrer de todo o seu processo de pesquisa e escrita e pelas sugestões dados ao longo do mesmo;
- Ao Nuno Paixão, Ricardo Ferreira Lima, Ruben Ferreira Ribeiro, Solange Nóbrega, Vasco Silva, Marta Santos, João Fachana e Clara de Sousa, pelo companheirismo e espírito crítico que sempre demonstraram.

Por fim,

- À Mestre Maria do Rosário Epifânio, por ter aceite orientar a presente tese e pela disponibilidade demonstrada durante a sua escrita, bem como por todos os conselhos, ensinamentos e correções pertinentes que me transmitiu.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
BC	Bankruptcy Code
CC	Código Civil
CDC	Code du Commerce
CDP	Cadernos de Direito Privado
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.
DJ	Direito e Justiça
ed.	Edição
InsO	Insolvenzordnung
DL	Decreto-Lei
KO	Konkursordnung
LC	Ley Concursal
LCA	Lei do Contrato de Agência
LF	Legge Fallimentare
p.	Página
pp	Páginas
ROA	Revista da Ordem dos Advogado
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCP	Universidade Católica Portuguesa
Vol.	Volume
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

I. INTRODUÇÃO

A dissertação que aqui se apresenta visa traçar um quadro geral dos caminhos jurídicos que o franquiado, no âmbito de um processo de insolvência, deve ter em conta, quer se verifique a manutenção ou a cessação da relação contratual.

A procura de regulação jurídica que tutele a sua situação é o objetivo primordial da investigação que se segue, com o intuito de salvaguardar a posição do franquiado, não descuidando, porém, as exigências próprias do regime insolvencial português, bem como a natureza mutável e singular que compõe a figura contratual da franquia.

Deste modo, e com a perfeita noção de que nos debruçamos sobre um tema complexo, esta tese terá não só uma vertente expositiva, mas será também sede de opiniões críticas adequadas à procura de uma solução jurídica suscetível de ser aplicada em solo legal português.

No capítulo II, o nosso estudo centrar-se-á na análise dos efeitos da declaração de insolvência do franquiador nos contratos de franquia em curso. Face à inexistência de tutela legal concreta no universo jurídico português, começaremos por efetuar uma análise das perspetivas do direito comparado, com o objetivo de traçar um padrão ou quadro normativo que possa ser adaptado ao nosso ordenamento. De seguida, ainda no mesmo capítulo, analisaremos o regime insolvencial português atual, bem como o seu precedente, no que respeita à temática dos efeitos da declaração de insolvência nos contratos em curso, para concluir o mesmo, com uma proposta de solução que se afigure plausível no Direito Interno.

Já no capítulo III, e pressupondo a extinção da relação contratual com base na insolvência do franquiador, analisaremos os direitos dela decorrentes, de forma a que se possa delinear em que termos se processa o fim da relação e se a insolvência do franquiador é relevante para que se excecione o regime geral previsto no que respeita aos direitos após a cessação da relação de franquia.

II. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DO FRANQUIADOR NOS CONTRATOS DE FRANQUIA EM CURSO

1. A inexistência de tutela legal no ordenamento jurídico Português

O contrato de franquia “é aquele em que uma das partes se obriga a suportar o uso dos seus sinais distintivos de empresa por parte da outra, a comunicar-lhe o seu saber-fazer, e a fornecer-lhe assistência técnica, ficando a outra parte obrigada a pagar uma contrapartida e a suportar um controlo, sem prejuízo da sua independência.¹”.

Atendendo à complexidade dos elementos que a compõe, esta figura contratual é suscetível de se desdobrar em modalidades distintas: franquia de produção, de distribuição e de serviços².

Ora, não será de estranhar que, face à estrutura moldável que o caracteriza, o contrato de franquia seja visto como uma verdadeira constelação de situações jurídicas que se cruzam, o que dificulta a formação de um regime estável e concreto que lhe possa ser aplicado univocamente. Esta complexidade, nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, “decorre fundamentalmente da enorme gama de conteúdos contratuais que resultam da referida multiplicidade pluriforme das suas configurações negociais, de resto bem patente na profusão e disparidade das noções doutrinárias existentes sobre a figura³”.

O contrato de franquia é, na nossa ótica, e seguindo a perspetiva de MENEZES CORDEIRO, um contrato atípico puro, uma vez que nele não é possível encontrar “elementos qualificáveis como próprios de outros tipos contratuais dotados de nível regulativo legal (...) sem pôr em causa toda a sua lógica interna⁴”. Daí que não seja de

¹ Vide ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (*Franchising*)”, *O Direito*, ano 123, II/II, 1991, p 349.

² Esta divisão é, nas palavras de LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS [*O Contrato de Franquia* (*Franchising*), 2ª ed, Almedina, 2010, p 28-29.], adotada “sem reboço pela quase totalidade dos autores europeus”, consistindo a franquia de distribuição (ex: *Benetton*) no contrato pelo qual o franquiado se limita a vender determinados produtos num estabelecimento comercial com a insígnia do franquizador. Já a franquia de serviços (ex: *Hertz*) corresponde ao contrato pelo qual o franquiado presta um serviço sob a insígnia/denominação comercial/marca do franquizador, em consonância com as diretrizes deste e utilizando o seu know-how. Por último, a franquia de produção (ex: *Yoplait*) é o contrato através do qual o franquiado fabrica ele próprio, segundo indicações do franquizador, os produtos que vende sob a marca deste.

³ Vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p 452.

⁴ Vide A. MENEZES CORDEIRO, “Do Contrato de Franquia (“*Franchising*”): Autonomia Privada *versus* Tipicidade Negocial”, *ROA*, ano 48, 1988, p 75. No sentido oposto, entendendo que estamos perante

estranhar que o legislador tenha optado por entregar esta figura contratual a um total esquecimento, regulando-se a mesma pela vontade das partes e, na sua ausência, pelas regras gerais dos contratos (arts. 220.º e ss CC, 280.º e ss CC e 396.º e ss CC) e pelas regras específicas do contrato de agência, que lhe são analogicamente aplicáveis.

Assim sendo, o problema que aqui debatemos não encontra solução concreta no CIRE, apesar da sua riqueza substancial, no que respeita aos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso.

Louve-se, pelo contrário, a prolifidade da doutrina na análise do contrato de franquia⁵; porém, e talvez por se tratar de uma questão compósita e transversal, o certo é que não encontramos na mesma qualquer nota sobre o assunto que aqui nos propomos tratar.

Na mesma rota navega a jurisprudência, que, dada a importância económica e comercial da figura, e a riqueza das situações de facto decididas, a tem analisado diversas vezes, anatomizando, contudo, apenas os seus traços base, com especial incidência na questão da aplicação da indemnização de clientela à franquia⁶, evidenciando, assim, a total inexistência de tutela para a situação do franquiado na insolvência do franquizador.

2. As perspetivas do Direito Comparado

O contrato de franquia tem uma longa tradição histórica no seio do ordenamento jurídico francês; no entanto, o mesmo é desprovido de qualquer regime legal, que estabeleça as coordenadas base a aplicar na relação que surge com a sua celebração, exigindo-se, unicamente, que a fase pré-contratual que a precede respeite os parâmetros legais estabelecidos pela *Loi Doubin*⁷.

O regime insolvencial francês, plasmado atualmente no CDC, é semelhante ao estatuído na revogada *Loi n° 85, du 25 janvier 1985*. O art. 37 deste diploma, que

um contrato misto, *vide* M. PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de Franchising”, *ROA*, ano 49, 1989, p 131.

⁵ Sobre a figura, para além das obras já referenciados, *vide*: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência, de Concessão e de Franquia (Franchising)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, Coimbra, 1984, e *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2004; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising). Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais do Regime*, Almedina, Coimbra, 2001; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, 2ª ed, Principia, Cascais, 2003.

⁶ Como é evidenciado no Ac. STJ de 21.04.2005 [OLIVEIRA BARROS]; Ac. STJ de 09.01.2007 [SEBASTIÃO PÓVOAS]; Ac. STJ de 05.03.2009; Ac. TRL de 14.02.2006 [PIMENTEL MARCOS].

⁷ Lei 89-1008 de 31 de dezembro de 1989, publicada no *Journal officiel de la République Française* de 2 de janeiro de 1990.

corresponde atualmente ao art. L-22-13 do CDC, estabelece a normal geral aplicável aos contratos em curso à data da declaração da insolvência⁸. Ora, esta regra, à semelhança do art. 102.º do CIRE, atribui ao administrador de insolvência a possibilidade de optar entre a manutenção do contrato e a sua extinção, prevendo também que a declaração de insolvência não constitui fundamento para resolver um contrato, mesmo existindo uma cláusula *ipso facto* nesse sentido⁹. Cedo, porém, a doutrina questionou se esta norma geral era suscetível de aplicação aos contratos de caráter *intuitus personae* (como o contrato de franquia), uma vez que a lei falencial anterior à lei de 1995 estabelecia que os contratos com esta característica se resolviam de pleno direito¹⁰.

A jurisprudência francesa, como se mostra no Ac. da *Cour de cassation* de 8 de dezembro de 1987, seguiu o entendimento de que a norma geral é de aplicação a todo o tipo de contratos, e portanto aos contratos de caráter *intuitus personae*, excepcionando-se apenas os casos nela previstos, como é o caso dos contratos de trabalho¹¹.

Esta decisão não deixou de ser, no entanto, alvo de críticas por parte da doutrina gaulesa, existindo até ao dia de hoje duas posições distintas no que concerne à (in)aplicação da regra geral ao contrato de franquia enquanto contrato *intuitus personae*.

S. MARTIN e A. CHARVERIAT são defensores dos argumentos avançados pela jurisprudência francesa, seguindo a aplicação da regra geral em caso de insolvência do franquizador/franquiado¹². Também MICHEL KAHN pende para a aplicação “clássica” da regra geral ao contrato de franquia¹³.

Na posição oposta, que defende a resolução de pleno direito do contrato - que nos parece ser a maioritária - destacamos a dissecação do problema feita por J. M. LELOUP, que enaltece que “a insolvência do franquizador é a negação própria da franquia (...), é demonstração do insucesso do seu sistema de gestão”, referindo,

⁸ Vide NATHALIE STAGNOLI, *Les Atteintes de la Procédure Collective a la Liberté Contractuelle*, Universidade Robert Schuman, Estrasburgo, 2002/2003, p 17.

⁹ Cfr. YASSER AL SURAIHY, *La Fin du Contrat de Franchise. Thèse Pour le Doctorat en Droit Présentée et Soutenue Publiquement le 9 Septembre 2008*, Université de Poitiers, 2008, p 246/247.

¹⁰ Vide NATHALIE STAGNOLI, cit, p 17.

¹¹ Cfr. NATHALIE STAGNOLI, cit, p 17.

¹² Vide A. CHARVERIAT/ S. MARTIN, *Défaillances D'entreprises*, Éditions Francis Lefebvre, Levallois, 1994, p.136/137, *apud*, ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações UCP, Porto, 2000, p 404.

¹³ Vide MICHEL KAHN, *Franchise et Partenariat*, Dunod, Paris, 2002, p 280.

também, que se torna impossível a prossecução de um contrato de franquia, sem o cumprimento do dever de assistência do franquiador ao franquiado.¹⁴

Assim, podemos concluir que o regime insolvencial francês é demasiado generalista, no que concerne aos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso, o que dificulta a adaptação de contratos complexos como o da franquia à realidade jurídica por ele estabelecida.

Também na Alemanha a doutrina não é unívoca no entendimento a dar a esta questão. O contrato de franquia é, no ordenamento jurídico alemão, despidido de quaisquer vestes legais específicas, pelo que não se estranha, que a InsO não ofereça qualquer tipo de norma legal que se aplique diretamente ao contrato de franquia em caso de declaração de insolvência do franquiador. Cedo foi, então, a questão debatida pela doutrina alemã, assinalando-se as posições de CHRISTIAN GEILING¹⁵, FABIAN HEINTZE¹⁶ e TIMO TORZ¹⁷. CHRISTIAN GEILING enaltece que a insolvência de um franquiador é muito rara, mas deve ser considerada por ambas as partes aquando da celebração do contrato de franquia, atendendo aos avultados investimentos que o mesmo pressupõe¹⁸. Entende, neste seguimento, que as partes devem prever um direito a resolver o contrato em caso de insolvência, ou seja, uma cláusula que de antemão tutele este tipo de situação, face à ausência de regulação legal da mesma, permitindo às partes resolver o contrato com justa causa face à declaração de insolvência do franquiador¹⁹.

Porém, na ausência de regulação das partes, e face à inexistência de norma legal na InsO que tutele esta questão, o problema adensa-se. CHRISTIAN GEILING e FABIAN HEINTZE entendem que a insolvência do franquiador impõe a caducidade automática do contrato, através da aplicação analógica do § 116 da InsO, norma que tutela os contratos de gestão *latu sensu*²⁰. O § 116 da InsO remete a disciplina deste tipo de contratos para o preceituado no § 115 da InsO, que, por sua vez, disciplina o contrato de mandato, estabelecendo um regime muito idêntico ao estatuído no

¹⁴ Vide JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise. Droit et Pratique*, 4ª ed, Delmas, Paris, 2004, p 308. (tradução livre)

¹⁵ Vide CHRISTIAN GEILING, “Steuern – Recht. Infobrief für Franchise-Geber und Franchise-Nehmer” in *Consultor.de*, Cham, 2007, p 1-4.

¹⁶ Vide FABIAN HEINTZE, “Franchising und Insolvenz”, in *Insolvenz-news.de*, 2009, p 1-3.

¹⁷ Vide TIMO TORZ, “Franchising und Insolvenz”, *ZInsO*, nº 27, 2009, p 1235-1243.

¹⁸ Vide CHRISTIAN GEILING, cit, p 1.

¹⁹ Vide CHRISTIAN GEILING, cit, p 1.

²⁰ Vide CHRISTIAN GEILING, cit, p 3 e FABIAN HEINTZE, cit, p 1-2.

ordenamento jurídico português²¹. Assim, e optando-se pela posição destes Autores, o contrato de franquia caduca com a declaração da insolvência do franquizador, exceto se for necessária a sua prossecução, para evitar prejuízos para a massa insolvente, ou se o franquiado desconhecer, sem culpa, que o franquizador foi declarado insolvente²².

Já TIMO TORZ entende que, embora se possa recorrer analogicamente ao § 116 da InsO para solucionar esta questão, atendendo à complexidade fisionómica do contrato de franquia, exige-se uma avaliação casuística de cada situação, pelo que a aplicação da regra geral, contida no § 103 da InsO, parece ser mais adequada, podendo o administrador de insolvência, em função do caso concreto, optar pela manutenção ou extinção do contrato²³.

Assim, facilmente se entende que o regime insolvencial alemão não apresenta solução concreta para o problema, debatendo-se a doutrina entre a aplicação da regra geral ou a aplicação analógica do § 116 da InsO, na ausência de cláusula aposta pelas partes ao contrato de franquia que tutele esta situação.

Também no ordenamento jurídico italiano, que é, de todos aqueles que aqui analisámos, aquele em que há uma maior atenção dada à discussão dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de franquia em curso, o problema persiste. A importância que é dada à questão é facilmente explicável pela existência de uma decisão de 11 de janeiro de 1995 do Tribunal de Torino, e que levou a que a doutrina se debatesse sobre a mesma.

Apesar de evidenciar a importância do carácter *intuitus personae* do contrato de franquia, o que reconduziria à aplicação da regra do mandato e causalmente da sua cessação, o certo é que o Tribunal de Torino entendeu que o traço pessoal é o único ponto em comum entre a franquia e o mandato, aproximando-se, assim, a franquia estruturalmente mais do contrato de fornecimento, o que implicaria, desde logo, que se aplicasse o seu regime²⁴. Ora, o regime dos contratos de fornecimento na LF, entretanto alvo de mudança²⁵, estabelecia que deveria caber ao *Curatore* a decisão de

²¹ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2005, p 127.

²² Cfr. CHRISTIAN GEILING, cit, p 3.

²³ Vide TIMO TORZ, cit, p 1235-1243.

²⁴ Vide LUISA VIGONE, *Contratti Atipici. Guida ai Principali Contratti Commerciali e Finanziari*, 2ª ed, Cosa & Come, Milão, 1998, p 267-268.

²⁵ Ressalve-se, porém, que em 2006 a norma da LF que estabelecia o regime para os contratos de fornecimento foi alterada, passando a mesma a aplicar-se, genericamente, aos contratos de execução periódica e continuada. Esta mudança foi acompanhada da eliminação da parte do corpo da norma que

optar, ou não, pela continuação do contrato, por remissão operada para a regra geral. Esta posição do Tribunal de Torino teve algum apoio doutrinário, como evidencia a posição de GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE²⁶.

Cedo, porém, parte da doutrina reiterou posições diferentes²⁷. MARCO ARATO²⁸, pretendendo o mesmo fim, mas através de outro meio, defende que se deve aplicar, face à elasticidade do contrato, a regra geral constante do art. 72 da LF. Por outro lado, e ignorando a preterição do caráter pessoal do contrato de franquia enquanto elemento vital da sua estrutura efetuada pela decisão jurisprudencial, BALDI/VENEZIA²⁹ e BUSSANI³⁰ entendem que a solução preferível passa pela aplicação analógica do disposto no art. 78 da LF (que se refere ao regime do mandato e da conta corrente), que estabelece que, face à declaração de insolvência, o contrato cessa automaticamente.

Digna de referência, facilitando a resolução desta questão, é a possibilidade de as partes recorrerem a uma cláusula *ipso facto* e, assim, ser atribuído ao franquiado o direito de resolver o contrato em caso de insolvência do franquidor³¹.

Dada a riqueza de posições aqui apresentadas e pese a inexistência de um consenso sobre uma solução homogênea, é de elogiar o trilha percorrido pela doutrina italiana na sequência da decisão jurisprudencial *supra* referida, em comparação com o pálido retrato que se tem pintado desta questão, um pouco por toda a Europa.

É o caso do ordenamento espanhol, onde este problema é alvo de pouca atenção por parte da doutrina. O regime de *derecho concursal* atual, eliminando a incerteza que alvorava a lei anterior, prevê uma regra geral (art. 61 da LC) a ser

permitia a inserção da franquia no seu escopo (e em que se operava a remissão do regime do contrato de fornecimento para a regra geral do art. 72 LF), facto que torna esta solução desatualizada.

²⁶ Cfr. GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, 2ª ed, CEDAM, Padova, 1994, p 309.

²⁷ Curiosamente, nem sempre a solução que a doutrina prevê para a insolvência do franquidor é igual à proposta face à insolvência do franquiado, ao contrário do que a maioria dos Autores de outros ordenamentos jurídicos estabelece, ao prever a aplicação analógica comum de uma norma que se aplique ao contrato de franquia independentemente da parte contratual que é declarada insolvente. Porém, dada a economia deste trabalho, apenas dissertaremos sobre a solução proposta por tais Autores italianos para os efeitos do negócio de franquia em curso aquando da insolvência do franquidor.

²⁸ Vide MARCO ARATO, “I Contratti Pendenti nel Fallimento”, in *Girispudenza Sistemática di Diritto Civile e Commerciale*, UTET, Torino, 1992, p 330.

²⁹ Vide ROBERTO BALDI/ALBERTO VENEZIA, *Il Contratto di Agenzia. La Concessione di Vendita. Il Franchising*, 8ª ed, Giuffrè, Milão, 2008, p 207.

³⁰ Cfr. MAURO BUSSANI, *I Singoli Contratti. Contratti Moderni. Factoring. Franchising. Leasing*, in *Trattato di Diritto Civile*, vol 4, UTET, 2004, p 217.

³¹ Vide RUGGERO VIGO, “Gli Effeti del Fallimento sui Contratti di Distribuzione. (Concessione di Vendita e Franchising)”, *Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali*, ano 76, nº 4, CEDAM, 2001, p 905-906.

aplicada à globalidade dos contratos, onde se estatui que a declaração de insolvência não cessa automaticamente os contratos em curso, podendo-se optar pela sua continuação ou cessação³².

Este novo regime insolvencial proíbe, no seu art. 61, nº 3, a aposição de cláusulas *ipso facto*, eliminando a possibilidade de as partes clausularem a eventual resolução do contrato em virtude da declaração da insolvência de uma das partes.

Enquanto exceção a esta regra geral, chamemos aqui à colação o art. 26 da *Ley del Contrato de Agencia*, que permite às partes cessarem o contrato em caso de *concurso*. A doutrina espanhola questiona-se se esta norma pode ser aplicada analogicamente a outros contratos atípicos semelhantes³³.

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ entende que a resposta deve ser negativa, optando, então, por aplicar a regra geral da LC a contratos similares ao contrato de agência³⁴. Opinião contrária é a de ENCARNA ROCA TRIAS, que, embora refira que existem dúvidas quanto à aplicação de outras regras que não as da LC aos contratos atípicos, defende que a franquia pode ser equiparada à agência nesta questão insolvencial, como acontece noutros pontos de contacto entre ambas as figuras, sem se aplicar necessária e automaticamente o princípio da analogia³⁵.

Ainda digna de referência, nesta análise de direito comparado, é a perspectiva dos sistemas de direito de *Common Law*.

Nos E.U.A, uma sociedade em insolvência pode escolher dois caminhos alternativos: a liquidação dos seus bens para o pagamento dos credores (*Chapter 7* do BC) ou a reorganização empresarial (*Chapter 11* do BC)³⁶. A primeira opção consiste na nomeação de um *trustee* para gerir os bens do insolvente e os vender, com o intuito de se proceder ao pagamento dos credores, de acordo com a hierarquia de créditos estabelecida no BC³⁷. Já nos casos do *Chapter 11*, é o devedor que assume o papel do *Debtor-in Possession (DIP)*, realizando as tarefas que competem ao *trustee*, com o propósito de recuperar bens para o benefício dos credores e possibilitar, assim, a

³² Vide FERNANDO MARTÍNEZ SANS/MANUEL BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, vol 2, 17ª ed, Tecnos, Madrid, 2010, p 572.

³³ Vide FERNANDO MARTÍNEZ SANS, “Efectos del Concurso sobre los Contratos Mercantiles Pendientes”, in *noticias.juridicas.com*, Valência, 2004.

³⁴ Cfr. FERNANDO MARTÍNEZ SANS, cit, p 1.

³⁵ Vide ENCARNA ROCA TRIAS, “Eficacia e Ineficacia de los Contratos en el Concurso del Deudor”, in *Aspectos Civiles de Derecho Concursal. XIV Jornadas de La Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Edit.um, 2009, p 61.

³⁶ Vide ANDREW C. SELDEN/CRAIG R. TRACTENBERG/DEAN C. WALT, “Tiger by the Tail – Confronting Bankruptcy Issues”, in *38th Annual IFA Legal Symposium*, 2006, p 3.

³⁷ Cfr. ANDREW C. SELDEN/CRAIG R. TRACTENBERG/DEAN C. WALT, cit, p 3.

manutenção da sua atividade, através da apresentação de um plano de reorganização³⁸.

O §365 do BC prevê o direito de assumir/rejeitar contratos em curso. Ao abrigo desta norma, a maioria dos contratos em curso são suscetíveis de serem assumidos, excepcionando-se, porém, os contratos previsto no § 365 (c), ou seja, aqueles que tenham um caráter pessoal. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se os contratos de franquia são, ou não, passíveis de integrar esta exceção, devido ao seu caráter *intuitus personae*.

A doutrina norte-americana, relegando para um segundo plano o elemento pessoal do contrato de franquia³⁹, parece não incluir este negócio na previsão normativa que exceciona a opção de rejeição/assunção do contrato em curso, como evidenciam as posições de DEAN C. WALT⁴⁰, RICK PEDONE e CRAIG TRACTENBERG⁴¹, bem como de HOLLY SHILLIDAY e BILL O'HARE⁴². Todos estes Autores, por vezes de forma implícita, na descrição da insolvência do franquidor, aplicam sem qualquer hesitação o preceituado no § 365 do diploma insolvencial norte-americano, aceitando, assim, que o *trustee* ou o *DIP* possam, perante a insolvência do franquidor, optar por continuar a executar ou rejeitar o contrato de franquia em curso.

Os contratos de franquia em curso, com a declaração da insolvência do franquidor, passam a ser parte do “bankruptcy estate” (§ 541 BC), nunca podendo qualquer uma das partes terminar o contrato com base numa cláusula *ipso facto*, uma vez que estas são consideradas inválidas⁴³.

O pouco desenvolvimento com que é tratado o assunto na doutrina norte-americana, encontra paralelo na posição vaga que apresenta a doutrina inglesa talvez pelo facto de, ao contrário do que se passa no ordenamento jurídico norte-americano, serem as cláusulas *ipso facto* tidas por válidas ao abrigo do regime insolvencial inglês⁴⁴. Esta opção legal permite, desde logo, ao possibilitar às partes a resolução do

³⁸ Vide ANDREW C. SELDEN/CRAIG R. TRACTENBERG/DEAN C. WALT, cit, p 3.

³⁹ Cfr. ROBERT EMERSON, “Franchise Contracts and Territoriality: a French Comparison”, *Entrepreneurial Business Law Journal*, vol 3, 2009, p 321.

⁴⁰ Vide ANDREW C. SELDEN/CRAIG R. TRACTENBERG/DEAN C. WALT, cit, p 2-24

⁴¹ Cfr. CRAIG R. TRACTENBERG/RICK PEDONE, *Bankruptcy Issues in Franchising: An Overview*, 2ª ed, 2010.

⁴² Vide BILL O'HARE/HOLLY SHILLIDAY, “What Happens to a Franchise Agreement in Banrkruptcy”, *Orange County Lawyer*, vol 48, nº 9, 2006, p 46-49.

⁴³ Vide CRAIG R. TRACTENBERG/RICK PEDONE, cit, p 5.

⁴⁴ Cfr. RAVI SUCHAK, “Corporate Rescue Proceedings and the Enforcement of *Ipsa Facto* Termination Clauses: A Comparison of the English and US Approaches”, *International Corporate Rescue*, vol 8, nº 2, Chase Cambria Publishing, 2011, p 132.

contrato de franquia em caso de insolvência de uma das partes, que a sua posição seja tutelada, existindo, assim, menor possibilidade de se ter de recorrer à lei para solucionar este litígio.

O problema continua, no entanto, a persistir face à ausência deste tipo de cláusulas nos contratos celebrados pelas partes. Em Inglaterra, a declaração de insolvência não cessa automaticamente os contratos, existindo, também neste ordenamento, a possibilidade genérica atribuída ao *debtor's estate* de rejeitar ou exigir a continuação da execução dos contratos em curso⁴⁵.

À semelhança do que acontece em França, a questão passa por saber se a relação contratual da franquia, com base no seu carácter *intuitus personae*, é passível de ser extinta. Ora, a legislação inglesa permite a resolução do contrato com base neste elemento, e a doutrina inglesa parece entender que é possível estender esta regra ao contrato de franquia, podendo, assim, em caso de insolvência do franquizador, o franquiado resolver o contrato⁴⁶.

Os regimes insolvenciais dos sistemas de *common law* são, então, demasiado abstratos, pelo que na ausência de uma regra concreta que tutela os efeitos sobre o contrato de franquia, e com exceção do sistema inglês que parece pender pela aceitação da possibilidade de extinção do contrato com base no seu carácter pessoal, tendem os juristas dos sistemas de *common law* a recorrer à regra geral para tutelar o problema que aqui debatemos.

Do exposto resulta que, na ausência generalizada de regulação para esta questão, a maioria dos ordenamentos jurídicos, talvez de forma a mitigar os efeitos da insolvência de uma das partes no contrato de franquia, opta por permitir a inserção de cláusulas *ipso facto*, como forma de tutela antecipatória.

Porém, e apesar desta possibilidade atribuída às partes na regulamentação da sua relação, e analisadas as perspetivas de Direito Comparado, o certo é que a questão aqui em foco, talvez pelo seu cariz transversal, carece, no geral, de resposta clara.

3. Os efeitos sobre os negócios em curso no ordenamento jurídico Português

⁴⁵ Cfr. PHILIP WOOD, *Principles of International Insolvency*, 2ª ed, Sweet and Maxwell, Londres, 2007, p 428.

⁴⁶ Vide PHILIP WOOD, cit, p 429-430.

Examinadas as soluções propostas pela doutrina e jurisprudência de ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos, será oportuno, agora, incidir o nosso estudo sobre o ordenamento jurídico português, com vista a trilhar o caminho para solucionarmos o problema sobre o qual aqui dissertamos.

Os primeiros passos a dar passam, na nossa ótica, pela análise do regime insolvencial atual, bem como do respetivo regime precedente, uma vez que, como *infra* se constatará, parece-nos que a sua apreciação é pertinente e fundamental para estabelecer as traves mestras de onde devemos partir, na busca de uma proposta de solução que se afigure ponderada e ajustada ao sistema jurídico português.

A disciplina das relações em curso prevista no (revogado) CPEREF era casuística, o que dificultava a aplicação do diploma aos contratos atípicos, na carência de uma regra geral concreta a que pudessem os mesmos subsumir-se. O *modus operandi* para os contratos não instrumentalizados no CPEREF exigia, então, que se partisse “de uma análise dos casos singulares, procurando o que será compatível com eles. O princípio reitor deverá estar imerso nos tipos previstos. Uma vez apurado, poderá ser aplicado aos casos não contemplados⁴⁷.”

Da análise que fez aos preceitos específicos, OLIVEIRA ASCENSÃO extraiu uma série de princípios comuns atinentes ao destino da relação contratual em curso não regulados, do qual destacamos os seguintes: “só nos casos estabelecidos na lei há a cessação automática, ou caducidade, da relação” e, “ não havendo disposição especial, o liquidatário judicial tem a opção entre manter os contratos ou pôr-lhes termo⁴⁸.”

Assim, e tecendo considerações sobre a posição deste Autor, facilmente se resolveria o problema em questão.

Acresce, ainda, que o art. 168.º do CPEREF determinava que o contrato de agência se extinguia com a declaração de falência do agente ou do principal, não fazendo, porém, qualquer referência à indemnização⁴⁹. A declaração de insolvência era, então, tida por mais uma das causas de caducidade a acrescentar ao elenco do art. 26.º da LCA⁵⁰. A norma falencial da agência era considerada como sendo “mais

⁴⁷ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido”, *ROA*, III, 1995, p 659.

⁴⁸ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos...”, cit, p 674-675.

⁴⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre a temática da indemnização devida pela falência (agora, insolvência) de um dos contraentes do contrato de agência, vide ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos...*, cit, p 337-343.

⁵⁰ Neste sentido vide: LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3ª ed, Quid Juris, Lisboa, 1999, p 434, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência: Anotação*, 6ª ed atualizada, Almedina, 2007, p 117.

radical do que a trazida para os casos de mandato e comissão”⁵¹, e o regime dela resultante era tido por demasiado simples e “escorreito”⁵², pecando o mesmo, a nosso ver, pela excessiva artificialidade de que era trajado, uma vez que propunha uma solução extremista sem, porém, regular devidamente as posições das partes, bem como as consequências do fim da relação contratual, face à extinção (ou caducidade como deveria a lei ter dito) operada *ope legis* pelo CPEREF.

Ora, sendo genericamente aplicada a LCA ao contrato de franquia, o certo é que facilmente se poderia reconduzir esta previsão normativa a todos os contratos de distribuição, estruturalmente semelhantes à agência, aplicando-se, assim, sem qualquer tipo de dificuldade, e analogicamente, o nela disposto. Porém, em 2004, com a entrada em vigor do CIRE, o legislador, (in)felizmente, omitiu o tratamento dado à agência, pelo que o ponto de partida para a resolução do problema aqui em foco se adensou de novo.

A entrada em vigor do CIRE foi acompanhada, nesta matéria, pela inclusão de um princípio geral, plasmado nos seus arts. 102.º e 103.º, complementado por uma regulamentação minuciosa de determinados tipos contratuais, como resulta do exposto nos arts. 104.º a 119.º.

Embora não pretendamos aqui analisar os regimes das diversas figuras contratuais, a verdade é que não se percebe o desaparecimento da tutela dada ao contrato de agência, que poderia ter sido alvo de novas considerações ou aditamentos, que permitissem até a eventual criação de uma norma que tutelasse os contratos de distribuição genericamente, ou que fosse suscetível de se aplicar analogicamente aos mesmos, eliminando-se, assim, o vácuo jurídico que, em termos insolvenciais, caracteriza estas figuras contratuais.

Até porque, como se verificará em sede própria na presente dissertação, o princípio geral é ilusório, uma vez que tem um campo de aplicação muito reduzido, dada a exigência dos requisitos que postula. Face à falta de elasticidade deste regime, urge, pois a procurar outros caminhos ou meios que não aqueles fornecidos diretamente pelo legislador.

4. A procura de uma solução plausível no Direito interno

⁵¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos...”, cit, p 667.

⁵² Vide CATARINA SERRA, “Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de outubro, ao CPEREF”, *Scientia Iuridica*, tomo XLVII, 1998, p 308.

Examinado o regime insolvencial atual e a sua evolução histórica, em função do revogado regime falencial do contrato de agência, parece-nos estarem agora reunidos os dados necessários para que possamos moldar uma proposta de solução para os efeitos da declaração da insolvência do franquiador no contrato de franquia em curso.

Para tal, analisaremos a aplicabilidade eventual do princípio geral, a (im)possibilidade de aposição de cláusulas *ipso facto*, e, *last but not the least*, o recurso à analogia como hipótese de resolução do problema.

4.1. O princípio geral do artigo 102.º do CIRE e a dificuldade da sua aplicação

O art. 102.º, n.º 1 do CIRE⁵³, enquanto “Princípio geral quanto aos negócios ainda não cumpridos”, como ilusoriamente lhe chama o legislador, apresenta uma formulação infeliz. Na verdade, “basta ver que a norma não se vai aplicar à maioria dos contratos bilaterais, uma vez que é rara a situação em que nenhuma das partes executou o contrato no momento da insolvência”⁵⁴. Uma simples leitura da norma permite, desde logo, verificar o seu reduzido campo de aplicação, o que só revela a incoerência de que o legislador dotou o regime geral, ao exigir uma acentuada restrição, com base na verificação de três requisitos cumulativos: natureza bilateral do contrato; não cumprimento total de ambas as partes; inexistência de regime diferente para os negócios especialmente regulados nos artigos seguintes⁵⁵.

Assim, dificilmente na prática será possível fazer recair na alçada desta norma a maioria dos contratos bilaterais e, por consequente, os contratos de franquia em curso à data de declaração de insolvência. A probabilidade de o franquiado, face à insolvência do franquiador, continuar a cumprir o contrato na sua totalidade é elevada, principalmente se estivermos a falar de uma franquia de produção ou até mesmo de serviços.

⁵³ Esta norma estabelece que “sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento”.

⁵⁴ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da...*, cit, p 118.

⁵⁵ Vide JOÃO LABAREDA /LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p 389.

Ao dotar a norma geral de requisitos demasiado minuciosos, o legislador afasta a possibilidade de aplicação do seu regime a contratos bilaterais atípicos em que uma das partes continue a cumprir. Deste modo, resta-nos procurar outra solução que não a prevista pelo legislador, como válvula de escape à não regulação insolvencial de figuras contratuais atípicas.

E talvez seja mesmo melhor assim. Porque, nos casos (improváveis) em que se aplique a norma em função de estarem preenchidos todos os seus requisitos, os problemas continuam a persistir. No contrato de franquia, parece-nos que a solução de optar pela suspensão do contrato enquanto o administrador decide continuar ou não a executá-lo não será a escolha mais viável, atendendo a que estamos perante um contrato de execução continuada, até porque, como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, “o processo [de insolvência] tem como finalidade a satisfação dos credores. O que significa que a suspensão não é por si solução. As situações têm de ser esclarecidas⁵⁶”.

Entende o Autor que este princípio geral não é necessariamente compatível com as situações duradouras (como a franquia), uma vez que são estas “que provocam os maiores problemas, pelo contraste entre o seu prolongamento natural, quiçá até por tempo indeterminado, e a necessidade de levar o processo de insolvência a curto prazo a um termo⁵⁷”.

Também em sede de direito de indemnização a norma é questionável. CATARINA SERRA resume bem esta questão ao perguntar: “Para que é que a lei atribuiu um direito se pretendia inviabilizar, na prática, o seu exercício? Tudo ponderado, teria sido mais eficaz (e mais simples) não prever regra alguma⁵⁸”. É que a norma é ferida da inexplicável limitação da indemnização ao valor da prestação do devedor, ao qual se abate o valor da contraprestação do que a outra parte ficou exonerada, e sendo ainda atribuída ao administrador da insolvência a possibilidade de exigir da outra parte o valor da prestação já realizada pelo devedor. Face a este regime rígido, defendemos a posição de MENEZES LEITÃO, segundo o qual a regra geral para

⁵⁶ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso”, *DJ*, vol XIX, tomo 2, 2005, p 238.

⁵⁷ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência...”, *cit*, p 238.

⁵⁸ Vide CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português de Insolvência. Uma Introdução*, 4ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p 87.

indenização por incumprimento dos contratos sinalagmáticos deve ser a da teoria atenuada da diferença⁵⁹.

Somadas todas estas considerações, percebe-se facilmente a não opção pela aplicação desta regra em caso de declaração de insolvência do franquizador, não só porque o seu âmbito de aplicação, é na prática, reduzidíssimo, mas também porque o contrato de franquia enquanto contrato duradouro e complexo foge ao espírito de que o legislador dotou este princípio geral. Acresce a previsão de uma indemnização que não se afigura correta nem plausível de ser atribuída no caso da insolvência do franquizador.

4.2. As cláusulas *ipso facto* e o artigo 119.º do CIRE

O art. 119.º do CIRE, de forma inovadora em relação ao CPEREF, estabelece no seu n.º 1 que a convenção das partes com o intuito de excluir ou limitar a aplicação das normas relativas aos efeitos sobre os negócios em curso é nula. No seu n.º 2 reitera esta ideia ao estabelecer imperativamente a nulidade de uma cláusula que confira a possibilidade de resolver o negócio face à insolvência de uma das partes, ou que permita resolver/denunciar o contrato, em termos distintos dos previstos na lei.

Estarão, então, as cláusulas *ipso facto*, que permitam a resolução do contrato por uma das partes face à insolvência da outra, totalmente excluídas? A resposta parece ambígua. ROSÁRIO EPIFÂNIO enaltece, que “Estranha, e perigosamente, o n.º 3 [do art.119.º do CIRE], com uma redação muito dúbia, permite que atendendo à natureza e ao conteúdo das prestações contratuais, a insolvência seja configurada como justa causa de resolução ou denúncia⁶⁰”. Assim, e criando aqui uma abertura para o intérprete malear e até mesmo afastar esta imperatividade, o legislador parece admitir que tais cláusulas são admissíveis se a natureza e o próprio conteúdo do contrato justificarem esta solução⁶¹, o que nos parece ser o caso do contrato de franquia.

Primeiramente, a possibilidade de aposição deste tipo de cláusulas em contratos de franquia é sustentada pela grande aplicabilidade das mesmas na prática,

⁵⁹ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da...*, cit, p 118..

⁶⁰ Vide ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 2011, p 178.

⁶¹ Vide JOÃO LABAREDA /LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e ...*, cit, p 389.

sendo frequente que as partes prevejam cláusulas com este conteúdo⁶². E não estranhemos que assim seja. Parece-nos que, dada esta brecha normativa (deixada) aberta pelo legislador, e atendendo à complexidade de obrigações e direitos que compõem o contrato em si, bem como aos elementos que o caracterizam, a possibilidade das partes clausularem neste sentido é mais do que legítima.

O incumprimento contratual, normalmente associado à iminência da insolvência numa relação contratual duradoura e que precede, portanto, a própria declaração, é suficiente para que as partes possam resolver justamente o contrato, pelo que acaba por ser uma verdadeira questão de *timing*!⁶³ Assim, parece-nos que impedir a possibilidade de, com a formalização do estado insolvencial, uma das partes não poder resolver o contrato com base na nulidade de cláusulas deste tipo é nesta figura contratual complexa, desajustado. O feixe de obrigações e direitos das partes fazem com que facilmente cedo se corte o “mal pela raiz”, embora nem sempre as partes o optem por fazer atempadamente.

Parece-nos que PESTANA DE VASCONCELOS, embora não o referencie *qua tale*, entende que as cláusulas *ipso facto* são permitidas no nosso ordenamento no que respeita ao contrato de franquia, ao dizer que “será muito comum, como em todos os contratos duradouros, em especial aqueles que envolvam este tipo de confiança e colaboração entre as partes que os contraentes estipulem cláusulas resolutivas expressas, isto é, prevejam negocialmente determinados factos jurídicos cujo preenchimento levará a que um dos contraentes adquira, sem mais, o direito a resolver o contrato. Estas disposições contratuais, quando resultem de uma cláusula contratual geral, terão que passar pelo crivo do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10”⁶⁴.

Até porque não nos esqueçamos que estamos perante uma figura atípica despida de qualquer regime insolvencial, e que, face à sua estrutura compósita, apresenta dificuldades de regulação legal, pelo que deve caber às partes, na sua ausência, sem descurar o legal e imperativamente imposto para os contratos em geral, procurar uma solução, aquando da celebração do contrato, que possibilite a tutela futura de todos os eventuais litígios que dele possam advir. Esta linha de pensamento

⁶² Este fenómeno é especialmente visível em obras que contêm formulários e minutas de contratos de franquia. A título de exemplo, vide IVA CARLA VIEIRA, *Guia Prático de Direito Comercial*, 2ª ed, Almedina, 2010, p 359, e JOÃO BOTELHO, *Formulários de Franchising*, Livraria Petrony, 2010, p 215.

⁶³ Temporalmente alheia ao estado insolvencial da contraparte. Pode o franquiado resolver o contrato com o franquizador se este, por exemplo, há vários meses não presta as devidas atualizações do *know how* ou não entrega os produtos necessários para a distribuição pelo franquiado.

⁶⁴ Vide Luís PESTANA DE VASCONCELOS, cit, p 121.

que aqui sustentamos vai de encontro às palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, no que versa à interpretação e integração dos contratos atípicos, quando o mesmo refere que “ para os contraentes de um contrato atípico é necessário estipular nas declarações negociais que formam o contrato a disciplina em princípio completa do contrato. A importância relativa da estipulação é pois inversa nos contratos típicos e atípicos. Nos típicos, a declaração negocial serve para complementar ou para alterar o modelo regulativo típico; nos atípicos, serve para construir o próprio modelo regulativo. Neste sentido, a estipulação, nos contratos típicos tem um papel relativamente secundário na formação do conteúdo contratual, enquanto nos atípicos tem um papel principal. A regulação nos contratos típicos, reside principalmente no tipo enquanto nos atípicos se encontra principalmente nas estipulações negociais⁶⁵”.

Ora, face a tais entendimentos, não será de estranhar que, atendendo à “margem de manobra” dada pelo legislador quanto à imperatividade (relativa) do art. 119.º do CIRE, devam as cláusulas *ipso facto* num contrato de franquia ser tidas por válidas. Porém, entendemos que devem as mesmas apenas considerar-se válidas perante a declaração de insolvência de uma das partes e não perante o simples pedido de insolvência⁶⁶, acautelando-se, assim, pedidos infundados de insolvência feitos com o intuito exclusivo de forçar a resolução contratual sem que para isso exista motivo.

4.3. O recurso à analogia como proposta de solução

Afastada a possibilidade de se recorrer à regra geral para solucionar o problema, em virtude da sua inflexibilidade e falta de elasticidade, e na ausência de uma cláusula aposta ao contrato pelas partes em que se atribua ao franquiado o direito de resolver o contrato em caso de declaração de insolvência do franquizador, torna-se necessário recorrer à analogia com regimes insolvenciais semelhantes e que possam ser adaptados ao contrato de franquia⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 1995, p 376.

⁶⁶ Vide FABIAN HEINTZE, cit, p 1-2.

⁶⁷ Coloca-se, desde já, a questão de saber se as normas imperativas do CIRE, referentes aos efeitos da insolvência sobre os negócios em curso, são suscetíveis de serem aplicadas analogicamente face ao seu caráter injuntivo e excecional. Na nossa opinião, a resposta terá de ser necessariamente afirmativa. Como refere JOÃO BAPTISTA MACHADO [*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982, p 326-327.], “é desde já claro que toda a proibição da aplicação analógica se apresenta sempre à primeira vista como algo de chocante – por contrário ao princípio da justiça – e como tal carece sempre por isso mesmo de uma justificação particular para poder ser aceite. Essa justificação particular só poderá encontrar-se numa necessidade premente de *segurança jurídica*. (...) Assim sendo,

Comecemos por tentar encontrar na LCA, dada à proximidade entre os contratos de agência e franquia, folgas que nos permitam extrair um regime adequado ao contrato de franquia e que não apresente obstáculos à sua aplicação na prática.

Primeiramente, entendemos que a declaração de insolvência não é suscetível de ser equiparável às causas de caducidade do contrato de agência (art. 26.º), embora o preceito não seja taxativo⁶⁸. Com efeito, apenas fazia sentido considerar-se a insolvência como causa de caducidade do contrato quando se encontrava em vigor o art. 168.º do CPEREF, que estabelecia que, com a declaração de insolvência, o contrato caducava *ope legis*. Ora, com a revogação desta norma, parece-nos excessivo, atendendo às causas enunciadas no preceito, continuar com este entendimento, uma vez que não existe agora qualquer suporte legal que o sustente, e parece-nos que, sem este suporte, é demasiada forçada a interpretação da norma nesse sentido. Persistem dúvidas se poderá a extinção da pessoa coletiva ser equiparada à insolvência da mesma⁶⁹, mas a resposta, na nossa opinião, parece ser negativa. Entendemos que é preciso vincadamente separar e distinguir a fase da declaração da insolvência da fase de liquidação e consequente extinção da pessoa coletiva, pelo que os efeitos da declaração de insolvência não podem nem devem ser necessariamente acoplados.

Ainda em sede deste diploma, é preciso atender ao disposto no art. 30.º, al. b) da LCA, norma que se considera aplicável ao contrato de franquia⁷⁰.

e tomando por interpretação extensiva aquela que permite aplicar uma norma a casos não cobertos pela sua letra (qualquer que seja o sentido, mais ou menos amplo, a atribuir às palavras da lei) mas abrangidos pelo seu espírito, diríamos que o art. 11.º (C.C) permite afinal a analogia *legis* (...) Com efeito como distinguir a “interpretação extensiva” naquele sentido da analogia *legis* ou “extensão analógica” das normas? Dentro desta ordem de ideias, deduzir-se-ia apenas (como aliás sempre teria de ser) que o que é proibido é transformar a exceção em regra, isto é, partir dos casos enumerados da lei para induzir deles um princípio geral.”. Ora, tendo em conta estas palavras e uma simples leitura do disposto nos arts. 10º e 11º do CC, facilmente se entende que nada obsta a que analogicamente se aplique tais normas do CIRE a casos análogos que nelas se possam enquadrar. Aliás, vários são os Autores que o fazem sem demais explicações, não entendendo, por consequência, que o disposto no art. 119.º do CIRE a isso proíbe. Até porque, no nosso entendimento, a epígrafe do artigo é demasiado “excessiva”, uma vez que da leitura do mesmo resulta, unicamente, que é nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação de tais normas, ou seja, a imperatividade recai apenas sobre os tipos contratuais legislados que não se podem afastar do regime para eles estabelecidos (ex: é violador desta disposição aplicar o art. 111.º do CIRE para tutelar os efeitos da insolvência sobre uma compra e venda sem entrega em detrimento do disposto no art. 105.º do CIRE porque assim as partes o entenderam ou mesmo o administrador de insolvência). É esta a leitura que fazemos da norma e da “imperatividade” que dela resulta, não existindo, assim, motivo que fundamente uma rejeição da analogia com as normas aí referidas, quando estejamos perante casos omissos e necessitantes de tutela (como se verifica no caso sobre o qual aqui dissertamos).

⁶⁸ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos* ..., cit, p 434.

⁶⁹ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos* ..., cit, p 434.

⁷⁰ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição* ..., cit, p 142-143.

O art. 30.º, al. b) do diploma *supra* mencionado permite às partes contraentes resolverem o contrato se “ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia”. Muitos são os Autores, ainda que de forma indireta e reflexa, que consideram que a insolvência pode configurar uma circunstância objetiva que justifica a resolução do contrato de agência (logo, do contrato de franquia) por qualquer uma das partes⁷¹. Porém, parece-nos forçado este entendimento e desadequado à atual realidade insolvencial portuguesa. Desde logo porque, como refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, entendemos que só se poderá resolver o contrato nos termos deste preceito, quando estejamos perante uma situação, “não por força de qualquer violação dos deveres contratuais, mas por força de circunstâncias não imputáveis a qualquer das partes, que impossibilitem ou comprometam gravemente a realização do escopo visado”⁷². A eventual qualificação como culposa da insolvência onde foi previamente resolvido o contrato de franquia à luz desta norma, levaria a que, posteriormente, se estivesse perante uma resolução ilícita do contrato de franquia.

Assim, embora nos pareça que com base no disposto na al. b) do art. 30.º da LCA possam as partes resolver o contrato em caso de insolvência do franquizador (ou franquiado), entendemos que não será este o melhor caminho a seguir, uma vez que, atendendo à *ratio* da norma, a solução por ela prevista é desfasada da realidade insolvencial atual em função da (eventual) qualificação da insolvência como culposa⁷³. Prova disso é que nenhum Autor se compromete diretamente com esta posição, optando, já à luz do CIRE, no que respeita à insolvência do agente ou principal por seguir outro caminho. É o caso de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁷⁴ e MENEZES LEITÃO⁷⁵.

Estes Autores defendem a aplicação analógica do art. 110.º, n.º 4, do CIRE face à insolvência do principal, o que significa que a insolvência deste é considerada

⁷¹ Cfr. MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990; CARLOS LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 1991, p 89; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos ...*, cit., p 434 e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência...*, cit., p 131.

⁷² Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência...*, cit, p 131.

⁷³ É certo, também, - e acrescentemos nós - que poderíamos estender a analogia em caso de insolvência culposa à al. a) do mesmo preceito, mas novamente não nos parece que seja esse o sentido da norma nem o seu espírito.

⁷⁴ Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência...*, cit, p 117.

⁷⁵ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 2006, p 36-37.

causa de extinção do contrato de agência, sem, porém, esgrimir qualquer tipo de fundamentos que suportem a sua posição. Por outro lado, e face à insolvência do agente, defendem a aplicação do disposto nos arts. 114.º, n.º2, e 111.ª do CIRE, que conferem ao principal ou ao administrador de insolvência a possibilidade de denúncia do contrato⁷⁶. Parece-nos que deverão ser estas normas o ponto de partida para o encontro de uma solução, embora discordemos, desde já, da aplicação de idêntica solução ao contrato de franquia⁷⁷.

Das posições elencadas no ponto I do presente capítulo é possível descortinar que, na maioria dos sistemas de direito europeu, a doutrina debate-se entre a opção pelo uso da regra geral do seu código insolvencial ou pela analogia com a norma do mandato constante do mesmo, em função do carácter *intuitus personae* do contrato de franquia. Ora, na ausência de uma verdadeira regra geral no nosso sistema insolvencial que permita tutelar este caso, a questão que se coloca é se é possível recorrer à analogia com o art. 110.º do CIRE que disciplina o mandato, ou se, pelo contrário, existe outra norma insolvencial que se afigura mais adequada.

Defendemos que no contrato de franquia o elemento *intuitus personae* é bilateral⁷⁸, ou seja, existe uma mútua dependência das partes na formação e desenvolvimento da relação contratual⁷⁹, pelo que adotar soluções insolvenciais distintas para o franquidor/franquiado com base na ideia de que este elemento é apenas subsumível a um dos lados da equação, afigura-se-nos desajustado⁸⁰.

O elemento pessoal inerente ao contrato é, de facto um, elemento chave da sua constituição, mas parece-nos excessiva uma análise que reduza um contrato a esse único aspeto. Note-se, que esse carácter *intuitus personae* transparece de forma mais evidente em determinadas situações.

⁷⁶ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização ...*, cit, p 36-37.

⁷⁷ Apesar da similitude de ambas as figuras, o contrato de agência é uma figura mais estanque e não tão moldável e adaptável como o contrato de franquia, não assumindo na prática, necessariamente, um conteúdo demarcado e distante dos seus padrões base.

⁷⁸ Vide ROBERT EMERSON, cit, p 301.

⁷⁹ Esta ideia encontra-se espelhada nas seguintes palavras de PESTANA DE VASCONCELOS [cit, p 65.] : “Torna-se claro que se trata, nessa medida, de um contrato celebrado *intuitu personae*, ou seja, concluído em atenção às especiais qualidades da outra parte. Por isso, o particular cuidado do franqueador em seleccionar o franqueado: mas igualmente deste último (...) em escolher o franqueador”

⁸⁰ Embora dissertemos aqui sobre os efeitos da insolvência do franquidor sobre a relação de franquia em curso, e sem grandes desenvolvimentos, cabe-nos também referir que de uma forma geral a posição que assumimos, e que passa pela análise de cada caso concreto para encontrar a solução mais adequada à realidade prática, é também aquela que entendemos que deve ser seguida em caso de insolvência do franquiado.

Chamamos, então, novamente à colação a sentença de 11 de janeiro de 1995 do Tribunal de Torino, onde se destaca a seguinte parte: “o contrato de mandato e de comissão têm apenas em comum com a franquia o aspeto *intuitus personae*”⁸¹, ou seja, e concordando com esta opinião jurisprudencial, parece-nos redutor aplicar analogicamente a regra do mandato quando as figuras contratuais em jogo quase nada têm em comum.

Não podemos negar nem ocultar a natureza pessoal do contrato de franquia, mas também é verdade que há que observar casuisticamente a relação contratual e o tipo de franquia associado à mesma, para que possamos medir a intensidade desse elemento. Haverá, certamente, situações em que o elemento pessoal será dominante mas também outras em que será dominado e completamente absorvido pelos outros elementos que modelam a relação contratual. Entendemos, então, que será necessário analisar cada caso concreto, face à multiplicidade de ramificações que a árvore da franquia gera.

A solução passará, segundo julgamos, por efetuar uma análise casuística de cada relação contratual, com o intuito de aferir em que medida o elemento pessoal é, ou não, estrutural e vital para a sua sobrevivência, ou se, sendo este ténue, existem outras características suscetíveis de exigirem a extinção da relação contratual. Tendencialmente, acreditamos que o elemento *intuitus personae* é fortemente vincado na franquia de distribuição mas já não na franquia de produção⁸². Assim, entendemos que, na globalidade dos casos de insolvência de um franquidor de distribuição, por maioria de razão, fará sentido aplicar analogicamente o disposto no art. 110.º, n.º 4, do CIRE, e por consequente, verificar-se a extinção automática do contrato, salvo se ocorrerem as exceções elencados no mesmo artigo, uma vez que, se o franquidor se encontrar materialmente impossibilitado de produzir bens que o franquiado possa distribuir, não fará sentido que o contrato prossiga. De forma contrária, na generalidade dos casos de insolvência do franquidor de produção, a manutenção da relação contratual parece-nos plausível e sustentável, pelo que entendemos que se deve aplicar analogicamente o disposto nos arts. 111.º e 114, n.º 2, do CIRE,

⁸¹ Cfr. RUGGERO VIGO, cit., p 906 (tradução livre).

⁸² Na franquia de distribuição o franquiado limita-se, em termos genéricos, a distribuir bens que adquiriu ao franquidor, ou seja, existe um maior grau de dependência do primeiro relativamente ao segundo. Pelo contrário, na franquia de produção, uma vez que o franquiado produz os bens que distribui e comercializa, usando para isso os sinais distintivos do franquidor, o grau de dependência entre os dois é menor, pelo que, em caso de insolvência do franquidor, afigura-se mais provável a possibilidade de manutenção da relação contratual.

possibilitando assim a qualquer uma das partes a possibilidade de denúncia do contrato. Esta extensão do princípio de denúncia a casos não contemplados é sustentada por OLIVEIRA ASCENSÃO, que estabelece que “a possibilidade de denúncia de contratos por prazo indeterminado é um princípio geral. Mas como a lei tipifica situações em que admite a denúncia, suponho que haverá que exigir a simples aplicação dum princípio geral. Haverá que requerer em concreto razões de analogia com os casos previstos na lei⁸³”, o que entendemos ser o caso, face às características que compõem o contrato de franquia e que o reconduzem por vezes à figura da prestação de serviços, bem como às soluções de extinção contratual que lhe são aplicáveis à luz da LCA.

Já no que concerne à franquia de serviços, na generalidade, parece-nos mais dúbia a posição a assumir. Na sequência da sentença italiana *supra* referida, que incidia precisamente sobre uma franquia de serviços, entendem MARIO BLANDINI e MARTA DÈ COSTANZO⁸⁴ que o elemento pessoal e colaborativo é muito acentuado, pelo que deve operar a cessão imediata do contrato como solução. Já RUGGERO VIGO⁸⁵ tem posição oposta, defendendo que é fácil a sobrevivência da relação nestes termos. Concordamos com este último Autor, uma vez que nos parece que a dependência do franquiado neste tipo de franquia é relativamente baixa, em comparação com a franquia de distribuição, pelo que fará sentido aplicar, também, analogicamente a solução decorrente dos arts. 111.º e 114, n.º 2 do CIRE.

Reitere-se que esta proposta é genérica e suscetível de ser modelada em função do caso concreto⁸⁶. Porém, atendendo aos normais padrões destes tipos de franquia, parecem-nos estas soluções as mais ponderadas.

Optar pela extinção automática do contrato como solução unívoca seria excessivo, atendendo à complexidade da figura. Acresce, ainda, que consideramos que seria contrária ao próprio espírito insolvencial português, uma vez que a eventual

⁸³ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência...”, *cit*, p 251.

⁸⁴ Vide MARIO BLANDINI/MARTA DÈ COSTANZO, *Gli Effetti del Fallimento sui Rapporti Giuridici Preesistenti nella Giurisprudenza*, Giuffrè, Milão, 2005, p 454.

⁸⁵ Cfr. RUGGERO VIGO, *cit*, p 906.

⁸⁶ O elemento pessoal poderá, por exemplo, ser mais vincado na franquia de produção se o franquiado produzir os bens que comercializa com fatores de produção fornecidos diretamente pelo franquizador. Logo, nesta hipótese, existindo maior dependência entre o franquiado e franquizador, a possibilidade de se recorrer à solução por nós proposta, em termos gerais, para a franquia de distribuição, parece-nos mais adequada à realidade concreta aqui apresentada.

manutenção do contrato de franquia, quando assim é possível, é benéfica para a massa⁸⁷.

Assim, parece-nos que deixar em aberto a opção de as partes manterem, ou não, a relação contratual, é a melhor solução, podendo mesmo acontecer que o franquizador opte, relativamente a um franquiado que detenha vários contratos na mesma região, pela manutenção daqueles que se afigurem como frutíferos, denunciando os que, pelo contrário, não se afiguram como tal. É tudo uma questão de bom senso negocial e de respeito pelos melhores interesses da massa insolvencial, permitindo, também, aos franquiados que no caso de a massa vir a ser liquidada possam, até essa fase, ou no caso de ser aprovado um plano de insolvência, que passe pela transmissão da empresa a outra entidade (art. 195.º, n.º 2, al. b) do CIRE), gradualmente precaverem-se das consequências que a (eventual) extinção da relação contratual acarretará. Ressalve-se, porém, a hipótese de ser aprovado um plano de insolvência que possibilite a manutenção da existência da empresa do franquizador em detrimento da sua extinção e que possibilite o prosseguimento dos respetivos contratos que não se extinguíram durante o processo insolvencial.

Relativamente aos contratos de franquia que não tenham cessado no decorrer do processo de insolvência, cabe, ainda, analisar uma última hipótese: a da alienação da empresa como um todo nos termos do art. 162.º, n.º 2, do CIRE. A possibilidade de vigência do contrato neste caso especial de liquidação é, analisando o Direito Comparado, bastante questionável, uma vez que são vários os Autores que defendem que, face ao elemento pessoal, a posição contratual não é passível de ser automaticamente transmitida para o cedente sem autorização de ambas as partes (em especial da do franquiado)⁸⁸. Porém, a nosso ver, no ordenamento jurídico Português

⁸⁷ Isto porque nas franquias de produção e serviços, e tratando-se portanto de franquias em que há pouca dependência em relação ao franquizador, exceto no acompanhamento que deve ser por este feito mas que poderá até à data ter-se vindo a tornar meramente formal, como o são os casos em que por exemplo o *know how* não sofreu alterações de relevo ou em que há muito que o franquizador não altera os serviços praticados sob a sua égide, o recebimento de *royalties* pode ser benéfico para a massa insolvente e consequente satisfação dos credores.

⁸⁸ Esta questão controvertida é atentamente analisada pela doutrina e jurisprudência francesas. Nesse sentido *vide* NATHALIE STAGNOLI, cit., 22 e ss; YASSER AL SURAIHY, cit, p 240 e ss e JEAN-MARIE LELOUP, cit, p 308 e ss. Também no que respeita à possibilidade de transmissão do contrato de franquia para um terceiro, como alternativa à sua rejeição/continuação pelo *DIP/trustee*, não é indiferente a doutrina norte-americana. As cláusulas contidas em contratos de franquia que exijam autorização para a transmissão da posição contratual tendem a ser consideradas inválidas pelo *Bankruptcy code*, pese, porém, o facto de esta transmissão não ser aprovada pelo Tribunal se a legislação não-insolvencial permitir à parte não insolvente recusar seu consentimento. Esta querela tem dividido a doutrina mas também a jurisprudência, não existindo uma solução consensual que possamos aqui expor. Para mais

esta questão não se coloca, porque o legislador, ao exigir, nos termos do art. 424.º do C.C, que a cessão da posição contratual seja consentida pelo outro contraente, possibilita, assim, que, se o franquiado não desejar continuar o contrato de franquia em vigor, face ao novo detentor da empresa, dê a relação de franquia por extinta⁸⁹. Nestes termos, fica mais do que tutelada a posição do franquiado, podendo, então, livremente optar pela continuação ou extinção da relação contratual.

desenvolvimento, *vide* ANDREW C. SELDEN/CRAIG R. TRACTENBERG/DEAN C. WALT, cit, p 22 e BILL O'HARE/HOLLY SHILLIDAY, cit, p 49.

⁸⁹ Até porque como refere INOCÊNCIO GALVÃO TELLES (*Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p 455.) “A exigência desta *autorização* compreende-se perfeitamente, porque em virtude da cessão o outro contraente fica em relação com um *estranho*”.

III. OS DIREITOS POR EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA COM BASE NA INSOLVÊNCIA DO FRANQUIADOR

1. A (in)existência dos pressupostos legais da indemnização de clientela

A indemnização de clientela⁹⁰, enquanto possível direito das partes após a extinção do contrato de franquia, é uma das questões que maior discussão tem originado no âmbito deste tipo contratual, centrando-se, essencialmente, em saber se se deve aplicar analogicamente o art. 33.º da LCA ao contrato de franquia. A maioria da doutrina pronuncia-se desfavoravelmente à atribuição desta indemnização ao franquiado, “sublinhando a assimetria entre a sua posição e a do agente, uma vez que os elementos de criação e de fixação de clientela seriam os sinais distintivos do comércio do franqueador, e não a acção do franqueado.”, como resume PESTANA DE VASCONCELOS⁹¹.

Um dos Autores que assume esta posição é MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, que refere que “aquilo que o franquizador pretende com a celebração de contratos de franquia é precisamente tirar partido da fórmula de sucesso, da imagem de marca, que lhe pertencem. Fá-lo através de contratos em que concede à outra parte o direito de se servir desses bens em proveito próprio (...). O franquiado, quando ingressa, na rede, sabe que vai desenvolver uma clientela para outrem, mas esta finalidade liga-se ao seu próprio interesse, porque a difusão dos produtos e/ou serviços representa um objecto comercial do qual ele próprio retira os seus lucros. Logo, se a clientela permanecer ligada ao elemento essencial que é a imagem de marca deste, existe uma causa legítima para o enriquecimento.”⁹².

Julgamos ser esta a posição mais razoável, e aquela que, numa análise da dinâmica própria do fim do contrato de franquia, faz mais sentido. Com efeito, entendemos que a atribuição desta indemnização pela perda de clientela redundaria

⁹⁰ A indemnização de clientela, nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*Contrato de Agência...*, cit, p137-138), “trata-se, no fundo, de uma *compensação* devida ao agente, após a cessação do contrato - seja qual for a forma por que se lhe põe termo ou o tempo por que o contrato foi celebrado (...), e que acresce a qualquer indemnização a que haja lugar-, pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente. É como uma compensação pela “mais valia” que este lhe proporciona, graças à actividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa actividade, após o termo do contrato de agência”.

⁹¹ Vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, cit, p 126.

⁹² Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, *DJ*, volume XIX, I, 2005, p. 90

numa vantagem ao franquiado, a que supostamente só teria direito porque abriu uma loja sob a égide da marca/nome/insígnia do franquizador. A verdade é que, na maioria dos casos, a clientela de determinado franquiado só recorreu aos seus serviços por acreditar no valor/reconhecimento que essa marca tem no mercado e na sua qualidade, e também por questões geográficas, não estando a clientela, por isso, a nosso ver, necessariamente dependente do desempenho do franquiado, como sustenta a doutrina minoritária que defende a aplicação analógica do art. 33.º da LCA ao regime do contrato de franquia. Não ignoramos que, em determinados casos, tal possa acontecer; mas tais hipóteses não devem servir para sustentar genericamente uma indemnização nestes termos.

PESTANA DE VASCONCELOS defende uma posição intermédia, segundo a qual existe «um conjunto de situações em que se deve aceitar a atribuição desta compensação ao franquiado (...) Desde logo porque o contrato de franquia abrange um leque muito amplo de realidades económicas em que se pode conceber a criação por parte do franqueado de uma clientela ligada à sua pessoa e/ou aos seus serviços (...). Parece pois plausível que, face a uma circunstância destas, o franqueador beneficie da clientela que o ex-franqueado tenha gerado; adquire então algo extra e corresponde a exigências de justiça comutativa que tenha de compensar este último por esse facto⁹³.”⁹⁴.

Julgamos que, em casos contados, e quando a justiça e equidade assim o exijam, fará sentido invocar essa mesma disposição, a fim de ver o franquiado indemnizado pela clientela que angariou - por si, e sublinhe-se só por si - clientes esses que continuarão a usufruir dos produtos/serviços num futuro, ainda que sem conexão direta com o franquiado. Ressalvamos que, na nossa perspetiva, tal solução é meramente incidental e não constitui a regra geral.

Assim, e se, atendendo ao caso concreto, se justificar em termos genéricos a atribuição de uma indemnização de clientela ao franquiado, a questão que se coloca é se faz sentido a manutenção desse direito se o contrato cessou devido à insolvência do franquizador. ROSÁRIO EPIFÂNIO entendia à luz do CPEREF que, na hipótese de insolvência do principal (e, no nosso caso, do franquizador) poderá o agente (aqui,

⁹³ Vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, cit, p 129-131.

⁹⁴ Também ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*Contrato de Agência...*, cit, p142-145), defende uma análise casuística no sentido de apurar se analogicamente se aplica a indemnização de clientela ao contrato de franquia. Já a jurisprudência tem pendido maioritariamente pela aplicação desta compensação nos casos de extinção da relação contratual de franquia e concessão comercial, como refere o mesmo.

franquiado) exigir o pagamento pela massa insolvente, da indemnização de clientela, enquanto crédito comum, por estarmos perante uma compensação “a atribuir ao agente no momento da cessação do contrato, em resultado dos benefícios que dele advieram para o principal e de que o agente não mais vai poder usufruir⁹⁵”. Sobre este tópico, MENEZES LEITÃO defende que a insolvência do principal permite ao agente reclamar a indemnização de clientela⁹⁶. Porém, uma análise ao art. 33.º da LCA não nos convence da bondade desta solução. Ora, esta norma pressupõe que sejam preenchidos, cumulativamente, três requisitos, entre os quais que “a outra parte venha a beneficiar consideravelmente após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente”, o que merece, desde logo, a nossa maior atenção. Veja-se o Ac. do TRP de 11-05-2009⁹⁷, em cujo sumário se lê: “I. Em contrato de agência ou representação comercial, ao agente assiste o direito, uma vez dado por findo tal contrato, a uma indemnização resultante do incremento de clientela que a sua acção possibilitou; II. Mas não em casos em que, com o fim do contrato de agência, termina também a própria actividade principal desenvolvida, que levava precisamente à existência de clientes, pois que, extinta esta, dispersa a clientela e a ninguém vai aproveitar aquele incremento.” E entendemos nós que a tónica dada a este requisito é vital na procura de uma solução que se afigure adequada e moldável aos critérios legais exigidos pela norma da LCA.

Debruçando-nos sobre este problema, a questão que se coloca é se, no processo de insolvência e dado o fim deste, se verifica a manutenção da atividade do franquizador insolvente ou se pelo contrário a mesma cessa. No primeiro caso, e mantendo-se a atividade, através da aprovação de um plano de insolvência nesse sentido (pese o facto de o contrato ter caducado ou ter o administrador de insolvência optado pelo seu fim), fará todo o sentido que seja devida uma indemnização de clientela ao ex-franquiado pelos clientes que este angariou e que o franquizador beneficiará futuramente. No segundo caso, e visto não estar verificado o requisito exigido pela al. b) do art. 33.º da LCA, já que não beneficiará o franquizador que

⁹⁵ Cfr. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos...*, cit, p 340-341.

⁹⁶ Cfr. MENEZES LEITÃO, *A indemnização ...*, cit, p 36-37 e 60-61. Este autor, entende, que, no caso de insolvência do agente, não haverá direito a indemnização de clientela se a mesma a este for imputável. Pelo contrário, MÓNICA DUQUE [*Da Indemnização de clientela no Contrato de Agência*, Dissertação de mestrado não publicada, Coimbra, 1997, p 175] e CAROLINA CUNHA [*A indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p 300 ss] consideram que a atribuição desta indemnização ocorre mesmo quando o contrato cesse devido à insolvência deste.

⁹⁷ Este Acórdão cujo relator foi CANELAS BRÁS pode ser encontrado em *dgsi.pt*.

encerrou a sua atividade dos clientes angariados pelo ex-franquiado, a resposta quanto à atribuição de uma indemnização de clientela terá de ser, necessariamente, negativa.

Mais dúbia, parece-nos a solução a adotar no caso de ser alienada a empresa como um todo, considerando que o adquirente da mesma beneficiará, claramente, dos clientes angariados pelos ex-franquiados do cedente. Na nossa ótica, a resposta ao problema passará pela transmissão da obrigação de pagamento desta compensação para o cessionário, enquanto condição da alienação da empresa, isto “face à natureza da cessão, como abrangendo a posição contratual em globo, com todos os seus elementos, incluindo a indemnização de clientela⁹⁸”.

2. A superficialidade da exigência de uma obrigação de não concorrência

A obrigação de não concorrência, nos contratos de franquia, pode ser convencionada pelas partes, nos termos do art. 9.º da LCA, tendo como principal objetivo “prevenir que exista, de algum modo, uma apropriação indevida de clientela da rede. (...) Findo o contrato de franquia, cessa o direito de o franquiado utilizar o saber-fazer e os sinais distintivos da rede. Mas esta “restituição” nem sempre pode operar-se em condições objectivas (...) o que poderá fazer perigar os interesses do franquiador e de toda a rede franquiada. A previsão contratual de uma obrigação de não concorrência constitui, a par de outros mecanismos, um dos mais importantes meios de preservação deste elemento⁹⁹”.

Explicada a essência deste mecanismo importa, agora, estudar as repercussões da insolvência do franquiador na sua aplicabilidade e nos efeitos que dele decorrem¹⁰⁰. A existência de uma obrigação de não concorrência após a extinção da relação contratual pressupõe, obviamente, que o franquiador continue a executar a sua atividade, pelo que só assim será exigível, em termos de competitividade, que se abstenha o ex-franquiado de comportamentos que possam pôr em causa o sucesso comercial da atividade do franquiador nas zonas onde geograficamente exercia o

⁹⁸ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização...*, cit, p 63.

⁹⁹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Contrato de Franquia (*Franchising*): O Recurso à «Desconsideração da Personalidade Jurídica» para Tutela dos Interesses do Franquiador – Ac. do TRP de 22.6.2009, Proc. 1201/09”, *CDP*, n.º 35, 2011, p 30-31.

¹⁰⁰ Nos E.U.A, a questão é controvertida dividindo-se a doutrina entre a rejeição, ou não, desta obrigação face à insolvência de uma das partes no âmbito do contrato de franquia. Neste sentido, vide HAROLD BROWN/MICHAEL J. DADY/ JEFFERY HAFF /RONALD GARNER, *Franchising: Realities and Remedies*, 2º vol, ed rev, Law Journal Press, 2003, p. 1371 e MICHAEL J. CAREY, “Not So Fast: A Bankruptcy Discharge Doesn’t Invalidate an Otherwise Valid Non-Compete Clause”, in *lexology.com*, 2011.

anterior franquiado a relação de franquia.

Deste modo, novamente e à semelhança da análise que efetuámos para a indemnização de clientela, afigura-se necessário distinguir as situações de insolvência do franquiador em que a sua atividade se mantém findo o processo de insolvência, daquelas em que o fim do processo de insolvência implica a extinção da pessoa coletiva e portanto o encerramento da atividade do franquiador.

Na nossa opinião, só no primeiro tipo de casos deverá a obrigação de não concorrência ser tida por exigível, uma vez que na segunda hipótese não existem fundamentos para que seja sustentável a conservação da obrigação de não concorrência ao ex-franquiado, pois não irá este, ao exercer a mesma atividade previamente desenvolvida na franquia, concorrer contra o agora “inexistente” franquiador¹⁰¹. Esta solução justifica-se, ainda mais, quando a insolvência seja qualificada como culposa.

Esta possibilidade atribuída ao ex-franquiado de continuar a desenvolver a sua atividade acarreta, ainda, uma vantagem para o insolvente, já que não terá este que pagar qualquer compensação ao primeiro pela obrigação de não concorrência, nos termos do art. 13.º, al. f), da LCA, o que só é benéfico para a massa insolvente.

Pelo contrário, se, do processo de insolvência resultar a manutenção da atividade do franquiador, apesar de no âmbito do mesmo terem cessado os contratos de franquia, a exigência da obrigação de não concorrência permanece, existindo direito ao pagamento da respetiva compensação por parte dos ex-franquiados. Esta compensação justifica-se, “uma vez que este direito não resulta de qualquer incumprimento do contrato pelo principal, mas sim da necessidade de compensar o agente pelas restrições impostas ao exercício da sua actividade concorrencial (...) Em consequência, o agente deverá reclamar esse crédito no processo falencial de acordo com as suas regras gerais, sujeitando-se a um pagamento à custa das forças da massa falida¹⁰²”.

No caso de se verificar alienação total da empresa, nos termos do art. 162.º do CIRE, chamamos aqui à colação a posição assumida no subtítulo anterior, mantendo-

¹⁰¹ BRUNO SOEIRA BARBOSA [AA. VV., *Non-compete Clauses: An International guide*, in *iustlaboris.com*, 2010, p 253] numa análise sobre a obrigação de não concorrência no âmbito dos contratos de trabalho, entende que, embora a lei portuguesa não contenha nenhuma norma que diretamente tutele esta questão, face ao encerramento da entidade patronal, não faz sentido continuar a considerar exigível a manutenção desta exigência ao trabalhador. Concordamos com a posição deste Autor, que entendemos ser suscetível de ser adaptada ao contexto sobre o qual aqui dissertamos.

¹⁰² Cfr. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos...*, cit, p 342.

se *mutatis mutandis*, por consequente, a obrigação de não concorrência do ex-franquiado perante o cessionário, a quem caberá a obrigação de pagar a compensação devida ao primeiro.

Ainda no que concerne a esta questão, STEVEN H. GOLDMAN defende que as partes, ao clausularem a obrigação de não concorrência, devem considerar a insolvência do franquizador como motivo para que a cláusula seja tida por não escrita, o que nos parece uma solução atendível, face à atipicidade do contrato de franquia e aos argumentos *supra* referidos sobre esta questão¹⁰³.

3. A problemática do destino de bens em *stock*

A extinção da relação de franquia por insolvência do franquizador levanta, desde logo, outro problema: o destino dos bens em *stock* detidos pelo franquiado¹⁰⁴. Com a insolvência do franquizador a densidade do problema aumenta, pelo que se torna necessário esgrimir as posições doutrinárias sobre este tópico, com o intuito de encontrar uma solução que seja, dentro dos possíveis, favorável para ambas as partes.

A essencialidade da questão passa, neste caso, por saber se o franquizador é obrigado, ou não, a retomar os bens em *stock*. A maioria da doutrina responde desfavoravelmente, negando ao franquizador a obrigação de recomprar os bens que ficaram na posse do franquiado após a extinção da relação contratual, bem como excluindo que possa ser dada permissão ao franquiado para escoar essas existências usando os sinais distintivos do franquizador para esse efeito (mesmo tendo o contrato terminado)¹⁰⁵.

PESTANA DE VASCONCELOS assume uma posição mais moderada, entendendo que “recai sobre o ex-franqueador a obrigação de retomar os bens ao seu actual preço (podendo, no entanto, contemplar-se alguma desvalorização dos mesmos), ou então permitir que o ex-franqueado possa continuar a usar, mesmo após a cessação do contrato, os seus sinais distintivos de comércio por um período de tempo razoável

¹⁰³ Vide STEVEN H. GOLDMAN, *Tackling Troublesome Insolvency Issues for Franchisees*, Toronto, 2003, p 6-7.

¹⁰⁴ Esta problemática assenta, essencialmente, no facto de o ex-franquiado normalmente “sair gravemente lesado deste tipo de situação, até, porque são vulgarmente inseridas nos contratos de franquia cláusulas de “mínimo de compra obrigatório”, além de que as relações contratuais podem ter cessado por causa imputável ao ex-franqueador. Acresce que, muitas vezes, o anterior franqueado não tem sequer a possibilidade de vender os bens franqueados na sua antiga área durante um determinado período de tempo após a cessação do vínculo contratual com a sua ex-contraparte, em virtude da existência de uma cláusula de não concorrência” [LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, cit, p. 138-139].

¹⁰⁵ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising). Noção..., cit, p 257*.

(atendendo ao volume dos produtos ainda não vendidos), única e exclusivamente para escoar o *stock*. cremos ser mais correcto, atendendo ao equilíbrio de interesses em presença, em vez de se optar por uma ou outra solução, deixar essa escolha ao próprio franquizador, permitindo-lhe escolher a via que mais lhe convenha em função dos seus interesses”¹⁰⁶. Esta opção dada ao franquizador de optar pelo caminho que se lhe afigure mais correto e adaptado às suas necessidades empresariais merece a nossa concordância.

Ora vejamos: a possibilidade de o administrador de insolvência recomprar as existências do *stock* é diminuta, até porque na maioria dos casos a aquisição dessas existências implica que o franquizador as possa escoar através de outros meios, o que raramente acontecerá em caso de insolvência. Acresce, ainda, que esta opção implica a realização de uma prestação pecuniária para o pagamento da retoma dos bens, o que é contrário ao espírito insolvencial, favorecendo, mesmo, alguns credores em função de outros, uma vez que a massa insolvente diminui o seu ativo, apenas e exclusivamente com o intuito de compor e resolver o problema de alguns ex-franquiados. Porém, facilmente se contorna este problema, uma vez que, embora excluamos liminarmente a possibilidade de compensação do (eventual) crédito do ex-franquiado perante a massa com o crédito resultante desta retoma, poderá o ex-franquiado ver o valor do seu crédito aumentado na proporção desta aquisição. Contudo, enquanto credor, não julgamos que terá o ex-franquiado interesse nesta solução.

A hipótese de retoma dos *stocks* só nos parece plausível no caso de haver alienação total da empresa, cabendo, nesta hipótese, ao cessionário o direito de retomar as existências, se o achar oportuno e necessário, e pagando a respetiva quantia devida por tal transação.

Logo, considerando a hipótese *supra* referida, e apesar de entendermos ser dotada de pouca aplicabilidade prática, a melhor solução será, na nossa ótica, a de permitir ao ex-franquiado escoar os seus *stocks*, usando, única e exclusivamente para tal ato, os sinais distintivos do ex-franquizador. Esta solução é benéfica para a massa insolvente, não implicando qualquer tipo de ação que eventualmente possa comprometer os fins do processo insolvencial, bem como sendo à partida mais favorável à posição do ex-franquiado. Também, no caso de alienação total da

¹⁰⁶ Vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, cit, p 142-143.

empresa, poderá o cessionário optar por esta solução, se assim o entender.

4. A (in)existência de um direito de preferência do franquiado na alienação da empresa

A última questão que entendemos pertinente desenvolver na análise que aqui efetuamos sobre os efeitos da insolvência na relação de franquia passa por saber se é juridicamente viável a existência de um direito de preferência do franquiado que seja compatível com o processo insolvencial em curso, especialmente no que respeita à alienação da empresa nos termos do art. 162.º do CIRE, e, portanto, à possibilidade de aquisição da mesma pelo franquiado.

O direito de preferência orbita em torno de um pressuposto concreto: “em relação a determinado negócio jurídico que um sujeito vinculado a dar preferência se proponha celebrar com terceiro, o titular do correlativo direito tem a possibilidade de *chamar a si* o negócio, desde que se disponha a contratar, em substituição do terceiro, nas mesmas condições em que este o faria¹⁰⁷”. O direito de preferência pode ter a sua génese em duas situações distintas: ou encontra-se expressamente previsto na lei, ou nasce da convenção das partes¹⁰⁸.

Atendendo à apatia legislativa que caracteriza a franquia, não é de estranhar, portanto, que apenas seja possível falar de um direito de preferência se as partes o convencionarem. O problema, porém, é que a assimetria acentuada entre as partes em todo o processo de negociação em que culmina o contrato de franquia, normalmente patente na impossibilidade genérica de o franquiado negociar alterações ou aditamentos ao contrato, oblitera que se convencie uma cláusula com este propósito.

No caso de o terem convencionado, o que achamos bastante improvável, só no hipótese de o direito de preferência possuir eficácia real é que poderia o mesmo ser exercido no seio do processo insolvencial. Esta imposição legal, que resulta do disposto no art. 422.º do CC, é, nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, explicável pelo facto de que, “À primeira vista, poderá parecer que o interesse dos credores não seria prejudicado com a eficácia do direito de preferência, uma vez que, para preferir, o titular teria que dar pelos bens por que eles foram arrematados os

¹⁰⁷ Cfr. CARLOS LIMA, “Direitos Legais de Preferência”, *ROA*, ano 65, III, 2005, p 599-600.

¹⁰⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre esta figura *vide*: AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999.

adjudicados. Simplesmente, o reconhecimento desse direito em tais processos poderia afastar alguns interessados na aquisição dos bens, em prejuízo dos credores, e afastaria desde logo os próprios preferentes da competição directa com os outros interessados. Foram estes inconvenientes que, no interesse da massa dos credores, a lei quis afastar (...). O preceituado no art. 892.º do Código de Processo Civil só tem aplicação, por conseguinte às preferências legais e aos direitos convencionais de preferência com eficácia real¹⁰⁹”.

Acresce, ainda, que, para que haja eficácia real têm as partes de lhe terem atribuído em documento particular autenticado (art. 413.º CC *ex vi* art. 421.º, 1) ou “em escritura pública, tal tipo de eficácia, o que só é possível quando tenha por objecto bens imóveis ou bens móveis sujeitos a registo¹¹⁰”.

Da soma de todos estes fatores facilmente se pode retirar a ilação de que a existência de um direito de preferência do franquiado na alienação da empresa do franquiador num processo insolvencial em curso, à luz do Direito Português, parece implausível e contrária ao espírito do instituto jurídico, bem como dos propósitos e finalidades do processo insolvencial.

¹⁰⁹ Cfr. ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol 1, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p 399.

¹¹⁰ Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p 577.

IV. CONCLUSÕES

Ao longo das páginas precedentes, procurámos evidenciar os problemas decorrentes da insolvência do franquizador e da falta de solução expressa no nosso ordenamento jurídico que permita aclarar e acautelar a posição em que o franquiado é colocado.

Da investigação empreendida resultam uma série de conclusões que revigoram a nossa perspetiva sobre as várias questões controvertidas, e que entendemos serem um bom porto de partida para qualquer jurista que se veja confrontado com esta problemática:

1. Na ausência de qualquer previsão normativa concreta que regule os efeitos da insolvência do franquizador no que respeita aos contratos de franquia em curso, urge, numa primeira aproximação à questão, o estudo das soluções de Direito Comparado, com o intuito de descortinar em que águas navegam os outros ordenamentos jurídicos na regulação desta situação.

2. Na globalidade dos ordenamentos jurídicos analisados em que a questão é discutida, a doutrina tende a propor três caminhos distintos: ou preveem as partes uma cláusula *ipso facto* que permita a resolução do contrato pelas partes em caso de insolvência (no caso da sua lei insolvencial assim o permitir), ou recorre-se à regra geral que regula os efeitos da insolvência dos contratos em curso ou, pelo contrário, aplica-se analogicamente uma norma específica que tutele os efeitos da insolvência de outro tipo contratual com o qual o contrato de franquia se identifique.

3. Na ausência de uma cláusula *ipso facto* de resolução contratual em caso de insolvência, quer porque a lei o proíbe ou porque as partes não convencionaram nesse sentido, e nos sistemas jurídicos em que o sistema insolvencial apresente regimes específicos para uma panóplia de contratos distintos (ex: Itália e Alemanha) e não apenas uma regra geral com uma (quase) total amplitude jurídica (ex: França, Espanha, Estados Unidos da América, Reino Unido), tende a doutrina a entender com base no carácter pessoal do contrato de franquia que deve o mesmo caducar automaticamente, com base na aplicação analógica da regra insolvencial que regula o mandato.

4. Em Portugal, e pese a riqueza com que revestiu o legislador o capítulo do CIRE dedicado aos efeitos da declaração de Insolvência sobre os negócios em curso, é dúbia a posição a assumir perante a insolvência do franquizador (e também do franquiado). Primeiramente, com a entrada em vigor do CIRE, desapareceu a norma do CPEREF que tutelava o contrato de agência e que, por isso, face à proximidade entre ambas as figuras, permitiria resolver mais facilmente este problema. Depois, porque, face à atipicidade legal do contrato de franquia, o caminho normal a percorrer seria o da aplicação da regra geral constante do art. 102º do CIRE. Porém, esta norma apresenta um reduzido campo de aplicação, fruto dos requisitos cumulativos que o legislador exigiu para que a mesma pudesse ser aplicada na prática. Assim, e face à inaplicabilidade quase total deste dispositivo legal, restam-nos duas opções: o recurso às cláusulas *ipso facto* ou à analogia.

5. O recurso às cláusulas *ipso facto*, atendendo à imperatividade relativa de que dotou o legislador o art. 119 do CIRE, ao facto de que a regulação dos contratos atípicos deve ter a sua génese nas estipulações negociais, e à própria natureza e conteúdo do contrato de franquia, levam-nos a crer que é permitido às partes clausurarem que a declaração da insolvência do franquizador (ou franquiado) constitui justa causa de resolução do contrato.

6. Porém, na ausência de convenção das partes nesse sentido, torna-se imperioso recorrer à analogia para solucionar esta lacuna legal. Com a revogação da norma insolvencial do contrato de agência não existe, a nosso ver, suporte legal que sustente a equiparação da declaração de insolvência às causas de caducidade do contrato de agência (art. 26.º da LCA). Também a aplicação analógica do art., 30º, al. b), da LCA se afigura descontextualizada do atual panorama insolvencial, pelo que, em virtude da possível qualificação da insolvência como culposa, não faz sentido, genericamente, seguir-se este caminho.

7. A resposta ao nosso problema terá, então, de estar necessariamente plasmada no CIRE. Absorvendo os contributos extraídos do Direito Comparado, e não negando que o elemento pessoal é uma das características base de qualquer relação de franquia, o certo é que esta é a única característica em que a franquia se assemelha ao mandato, pelo que nos parece forçado e redutor, cegamente, aplicar o art. 110.º do CIRE para tutelar esta questão.

8. Entendemos, então, que se torna necessário observar casuisticamente a relação contratual e o tipo de franquia associado à mesma, para que possamos medir a intensidade desse elemento e, assim, afigurar se o mesmo se apresenta como vital para a sua sobrevivência, ou se, sendo este ténue, existem outras características suscetíveis de exigir a extinção da relação contratual. Tendencialmente, face ao caráter mutável do contrato de franquia abstratamente considerado, acreditamos que o elemento pessoal é fortemente saliente na franquia de distribuição, pelo que, genericamente, fará sentido aplicar-se analogicamente o regime insolvencial do mandato (art. 110º, nº 4, do CIRE), verificando-se, assim, neste caso, a extinção da relação contratual. Pelo contrário, tratando-se de franquias de produção ou serviços, a manutenção da relação contratual parece-nos em geral plausível e justificável, pelo que entendemos ser aplicável o disposto no art. 111º e 114º nº 2 do CIRE (regime insolvencial da prestação de serviços).

9. A solução de deixar em aberto a opção de as partes manterem (ou não) a relação contratual é aquela que se nos afigura mais correta, uma vez que a eventual manutenção do contrato de franquia, quando assim é possível, é benéfico para a massa e consequente satisfação dos credores, não só porque recebe a massa *royalties* pela continuação do contrato, como também permite ao franquiado precaver-se, no decorrer do processo de insolvência, das consequências que a (eventual) extinção da relação contratual produzirá, no caso de se verificar a liquidação da massa insolvente, ser aprovado um plano de insolvência que, passe pela transmissão da empresa, ou mesmo se se der a alienação da empresa como um todo.

10. Com o fim da relação contratual por insolvência do franquidor com base num dos mecanismos *supra* referidos, geram-se uma série de problemas relativos aos direitos e obrigações do franquiado.

11. Assim, e se no caso concreto se entender que estamos perante uma situação em que analogicamente se aplica ao contrato o art. 33.º da LCA, ou seja, em que é devida ao franquiado uma indemnização de clientela, só haverá, na nossa ótica, lugar ao pagamento da mesma se com o fim do processo de insolvência se verificar a manutenção da atividade do franquidor, quer seja diretamente por este ou através de outra entidade que tenha no âmbito do processo insolvencial alienado a empresa, porque só assim estará verificado o requisito cumulativo do art. 33.º, al. b), da LCA.

12. A posição assumida no que versa à questão da (in)existência dos pressupostos legais da indemnização de clientela aplica-se *mutatis mutandis* à obrigação de não concorrência do franquiado, existindo apenas a exigência da sua subsistência (e recebimento da respetiva compensação) quando se verifique a manutenção da atividade do franquiador.

13. No que concerne ao destino dos bens em *stock*, entendemos que deve ser dada ao administrador de insolvência a opção de aceitar a retoma dos bens detidos pelo ex-franquiado ao seu atual preço, ou de permitir que este continue a usar, mesmo com a cessação do contrato, os sinais distintivos do ex-franquiador por tempo suficiente para que possa escoar os seus *stocks*. Embora acreditemos que possa o administrador escolher um destes caminhos, entendemos que a segunda opção é aquela que é mais benéfica para a massa insolvente.

14. Por último, a existência de um direito de preferência do franquiado na alienação da empresa do franquiador insolvente parece ser, nos termos dos arts. 422.º do CC e do 892.º do CPC, inaceitável e contrária ao espírito do instituto jurídico e aos fins do processo insolvencial.

V. BIBLIOGRAFIA

(AA. VV.), *Non-compete Clauses: An International guide*, in *iuslaboris.com*, 2010

ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira, “ O Contrato de Franquia (*Franchising*)”, *O Direito*, ano 123, II/III, 1991

ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009

ARATO, Marco, “ I Contratti Pendenti nel Fallimento”, in *Giurisprudenza Sistemica di Diritto Civile e Commerciale*, UTET, Torino, 1992

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, III, 1995

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso”, *Direito e Justiça*, volume XIX, tomo 2, 2005

BALDI, Roberto/VENEZIA, Alberto, *Il Contratto di Agenzia. La Concessione di Vendita. Il Franchising*, 8.^a edição, Giuffrè, Milão, 2008

BARATA, Carlos Lacerda, *Sobre o Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 1991

BARROCAS, M. Pereira, “O Contrato de Franchising” , *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989

BLANDINI, Mario/ COSTANZO, Marta dè, *Gli Effeti del Fallimento sui Rapporti Giuridici Preesistenti nella Giurisprudenza*, Giuffrè, Milão, 2005

BOTELHO, João, *Formulários de Franchising*, Livraria Petrony, Lisboa, 2010

BRITO, Maria Helena, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990

BROSETA PONT, Manuel/MARTÍNEZ SANS, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.º volume, 17.ª edição, Tecnos, Madrid, 2010

BROWN, Harold / DADY, Michael J. /HAFF, Jeffery,/ GARNER, Ronald, *Franchising: Realities and Remedies*, 2º volume, Law Journal Press, 2003

BUSSANI, Mauro – *I Singoli Contratti. Contratti Moderni. Factoring. Franchising. Leasing*, in *Trattato di Diritto Civile*, vol 4, UTET, 2004

CAREY, Michael J., “Not So Fast: A Bankruptcy Discharge Doesn’t Invalidate an Otherwise Valid Non-Compete Clause”, in *lexology.com*, 2011

CORDEIRO, António Menezes, “Do Contrato de Franquia (“Franchising”): Autonomia Privada *versus* Tipicidade Negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988

CUNHA, Carolina, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

DUQUE, Mónica, *Da Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Dissertação de mestrado não publicada, Coimbra, 1997

EMERSON, Robert W., “Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison”, *Entrepreneurial Business Law Journal*, 3.º volume, 2009

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os efeitos substantivos da falência*, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2000

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3ª ed, Quid Juris, Lisboa, 1999

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009

FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

GEILING, Christian, “Steuern – Recht. Infobrief für Franchise-Geber und Franchise-Nehmer” in *Consultor.de*, Cham, 2007

GOLDMAN, Steven H., *Tackling Troublesome Insolvency Issues for Franchisees*, Toronto, 2003

GUEDES, Agostinho Cardoso, *A Natureza Jurídica do Direito de Preferência*, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999

HEINTZE, Fabian, “Franchising und Insolvenz” in *Insolvenz-news.de*, 2009.

KAHN, Michel, *Franchise et Partenariat*, Dunod, Paris, 2002

LEITÃO, Luís Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2005

LEITÃO, Luís Teles de Menezes, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 2006

LELOUP, Jean-Marie, *La franchise. Droit et pratique*, 4ème édition, Delmas, Paris, 2004

LIMA, Carlos, “Direitos Legais de Preferência”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, III, 2005

LIMA, Pires de /VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 1.º volume, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, 2ª ed, CEDAM, Pádova, 1994

MARTINEZ, Pedro Romano, *Contratos Comerciais*, 2ª ed, Principia, Cascais, 2003

MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “Efectos del Concurso sobre los Contratos Mercantiles Pendientes” in *Noticias.Jurídicas.com*, Valencia, fevereiro 2004

MONTEIRO, António Pinto, “Contrato de Agência, de Concessão e de Franquia (Franchising)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, Coimbra, 1984

MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2004

MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de julho*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007

O’HARE, Bill/ SHILLIDAY, Holly, “What Happens to a Franchise Agreement in Bankruptcy”, *Orange County Lawyer*, 48.º volume, n.º 9, 2006

PEDONE, Rick/TRACTENBERG, Craig, *Bankruptcy Issues in Franchising: An overview*. 2.ª edição, 2010

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (Franchising). Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais do Regime*, Almedina, Coimbra, 2001

RIBEIRO, Maria de Fátima, “O Contrato de Franquia (*Franchising*)”, *Direito e Justiça*, volume XIX, tomo I, 2005

RIBEIRO, Maria de Fátima, “Contrato de Franquia (*Franchising*): O Recurso à «Desconsideração da Personalidade Jurídica» para Tutela dos Interesses do Franquiador – Ac. do TRP de 22.6.2009, Proc. 1201/09”, *CDP*, n.º 35, julho/setembro 2011

ROCA TRIAS, Encarna, “Eficacia e Ineficacia de los contratos en el concurso del deudor”, in *Aspectos Civiles de derecho Concursal. XIV Jornadas de La Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Edit.um, 2009

SELDEN, Andrew C./ TRACTENBERG, Craig R./ WALDT, Dean C., “Tiger by the Tail – Confronting Bankruptcy Issues”, in *38th Annual IFA Legal Symposium*, 2006

SERRA, Catarina, “Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de outubro, ao CPEREF”, *Scientia Iuridica*, tomo XLVII, 1998

SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência. Uma Introdução*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

STAGNOLI, Nathalie, *Les Atteintes de la Procédure Collective a la Liberté Contractuelle*, Universidade Robert Schuman, Estrasburgo, 2002/2003

SUCHAK, Ravi, “Corporate Rescue Proceedings and the Enforcement of *Ipso Facto* Termination Clauses: A Comparison of the English and US Approaches”, *International Corporate Rescue*, 8.º volume, nº 2, Chase Cambria Publishing, 2011

SURAIHY, Yasser Al, *La Fin du Contrat de Franchise. Thèse pour le Doctorat en Droit Présentée et Soutenue Publiquement le 9 septembre 2008*, Université de Poitiers, 2008

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4^a ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

TORZ, Timo, “Franchising und Insolvenz”, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, n.º 27, 2009

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1995

VIEIRA, Iva Carla, *Guia Prático de Direito Comercial*, 2.^a edição, Almedina, 2010

VIGO, Ruggero, “Gli Effeti del Fallimento sui Contratti di Distribuzione. (Concessione di Vendita e Franchising)”, in *Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali*, ano 76, nº 4, CEDAM, Pádova, 2001

VIGONE, Luisa, *Contratti Atipici. Guida ai Principali Contrati Commerciali e Finanziari*, 2^a ed, Cosa & Come, Milão, 1998

WOOD, Philip, *Principles of International Insolvency*, 2.^a edição, Sweet and Maxwell, Londres, 2007

VI. ÍNDICE

Agradecimentos	4
Abreviaturas.....	5
I. Introdução	6
II. Os efeitos da declaração de insolvência do franquizador nos contratos de franquia em curso.....	7
1. A inexistência de tutela legal no ordenamento jurídico Português	7
2. As perspetivas de Direito Comparado	8
3. Os efeitos sobre os negócios em curso no ordenamento jurídico Português	15
4. A procura de uma solução plausível no Direito Interno	17
4.1. O princípio geral do artigo 102.º do CIRE e a dificuldade da sua aplicação	18
4.2. As cláusulas <i>ipso facto</i> e o artigo 119.º do CIRE	20
4.3. O recurso à analogia como proposta de solução.....	22
III. Os direitos por extinção do contrato de franquia com base na insolvência do franquizador.....	30
1. A (in)existência dos pressupostos legais da indemnização de clientela	30
2. A superficialidade da exigência de uma obrigação de não concorrência	33
3. A problemática do destino dos bens sem stock.....	35
4. A (in)existência de um direito de preferência do franquiado na alienação da empresa	37
IV. Conclusões	39
V. Bibliografia	43
VI. Índice	49